

שמואל להיס נגד שר-הבטחון, ו-2 אח

בבית-המשפט העליון בשנתו כבית-משפט גבוה לצדק
[1.2.49, 9.1.49, 6.12.48]

לפני השופטים אולשן, חשין, זילברג

סקודת החוק המלילי, 1936 [תוס"א 632, ע' 263], סעיפים 214 (ב), 6, 3 (ב), סרק ד (סעיפים 8 עד 21) — תקנות-שעת-חירום (הוקת השיפוט תש"ח), תש"ח-1948 [תוס"ב 20, ע' 105], תקנות 97, 98, 40, 34, 36, 7, 3, 77 עד 96, חלק ג, סרק א (סעיפים 59 עד 76) — דבריה-מלך-במועצה, 1922 [חא"י, כרך ג, ע' 2738], סימנים 43 (כפי שתוקן ב-1947 [תוס"ב 1642, ע' 29]), 38 [כפי שהוחלף ב-1935 [תוס"ב 496, ע' 197]] — סקודת בתי-המשפט, 1940 [תוס"א 1032, ע' 115], סעיפים 7, 7 (ב) — סקודת הרשמים, 1936 [תוס"א 623, ע' 233], סעיף 8 (3) — סקודת הבחירות לאסיפה המכוננת, תש"ט-1948 [תוס"א 33, ע' 52], סעיף 45 — תקנות-שעת-חירום (תפיסת נכסים), תש"ט-1948 [תוס"ב 39, ע' 87], תקנה 5 — חוק הפרוצי-דורה הפלילית, העותמאני, 1879, סעיף 5 — הכרזה על הקמת מדינת ישראל [ע"ר ג, ע' 1] — מנשר מועצת המדינה הזמנית מיום ה' באייר תש"ח (14.5.1948) [ע"ר ג, ע' 3], סעיף 1 — סקודת סורי השלטון והמשפט, תש"ח-1948 [תוס"א 2, ע' 1], סעיפים 11, 9 (א), 9 (ב) — סקודת שטח השיפוט והסמכויות, תש"ח-1948 [תוס"א 23, ע' 61], סעיף 1 — סקודת סורי השלטון והמשפט (הור"א) 2, סעיף 2 (א).

בקשה להימנע מהעמיד אדם בפני בית-דין צבאי באשמת רצח — היחסים בין בתי-המשפט הצבאיים והכלליים — העדר טעם אלטרנטיבי — החולת החוק הפלילי הכללי על חיל — סמכותם הפרסונלית של בתי-הדין הצבאיים.

בית-המשפט הגבוה לצדק מוסמך להורות את בתי-הדין הצבאיים, בדרך צו, להימנע מלוון בענין מסויים, ונחובת בית-הדין הצבאי אשר אליו מופנה הצו, לצית להוראות הכלולות בו — אם נאשם המופיע בפני בית-דין צבאי דורש לדחות את הדיון על-מנת להביא דבריו לבית-המשפט הגבוה לצדק, רשאי בית-הדין הצבאי לדחות את הבקשה ולהמשיך בדיון אם הדבר נראה צודק בעיניו — אלא משפונה הנאשם לבית-המשפט הגבוה לצדק מן הדיון לטובע את אשר בפיו ואין לנעול בפניו דלת רק מטעמי נוחות לבית-הדין הצבאי — בית-המשפט הגבוה לצדק יתערב, עלידי כתב-איטור, במקום שבי-דין נמוך אומר לקנות לעצמו סמכות ללא חוק — יהיה זה נגד הצדק להטיל על אדם לעמוד בחילה לדיון בפני בית-דין צבאי, כשאשמה בכרה רובצת על כתפיו ועונש המור צפוי לו, ורק לאחר מכן להופיע בפני בית-המשפט הגבוה לצדק ולהראות כי דיונים אלה ריוני סרק היו — אין סמכות נשללת מבית-משפט אזרחי רגיל אלא אם-כן יש על כך הוראה, מפורשת או רמו מכללא, בגוף החוק — תקנה 40 לחוקת השיפוט תשי"ח, טירושה כי גם נשיאות בית-הדין הצבאי העליון, אם כי אינה כית-דין במובן המקובל של המלה, מוסמכת לפרש את החוקה הזאת — בית-המשפט הגבוה לצדק מוסמך לפרש את חוקת השיפוט תשי"ח לצורך הענין הנדון — תקנה 97 לחוקת השיפוט תשי"ח משמשת צינור אשר דרכו הוזרמו לתוך חוקת השיפוט חלקים מסוימים של החוק הפלילי הכללי,

הנופס חשין

הונים בעבירות מסוימות ובענשים אשר בצדם — סמכותם הפלילית של בתי־המשפט היא טריטוריאלית ולא טרנסנלית — סמכות בתי־הדין הצבאיים היא טרנסנלית ואינה מוגבלת בגבולות טריטוריאליים.

מסקי־דין א"י שאווכרו:

- א [1] *H.C. 78/39 — Gedaliah Hawkin v. Inspector-General of Police and Prisons and ors.*: (1940), *P.L.R. Vol. 7, p. 35*; (1940), *S.C.J. Vol. 1, p. 25*; (1940), *Ct. L.R. Vol. 7, p. 45*.
- ב [2] *H.C. 104/41 — Salim Barakat in his capacity as administrator of the property of Awad Wakf, Jaffa v. Maronite Ecclesiastical Court; Jaffa and ors.*: (1941), *P.L.R. Vol. 8, p. 593*; (1941), *S.C.J. Vol. 2, p. 601*; (1941), *Ct. L.R. Vol. 10, p. 199*.
- ג [3] *Cr. App. 63/39 — The Attorney-General v. Vladimir Nikolaiovitch and ors.*: (1940), *P.L.R. Vol. 7, p. 1*; (1940), *S.C.J. Vol. 1, p. 3*; (1940), *Ct. L.R. Vol. 7, p. 4*.

מסקי־דין אנגליים שאווכרו:

- [4] *Macleod v. Attorney-General for New South Wales*; (1891), *A.C. 455, 458*.
- [5] *Jefferys v. Boosey*: (1854), *4 H.L. Cas. 815*; *2 Digest 131, 66*.

ד

חוקים אנגליים שאווכרו:

Army Act, 1881 (44 & 45 Vict. c. 58).

ה

התנגדות לצו־על־תנאי מיום ד' בכסלו תשי"ט (6.12.48), המכוון למשיבים והדורש מהם לכרא וליתן טעם: מרוע לא יימנעו מלהביא את המבקש בפני בתי־הדין המיוחד מטעם צבא־הגנה לישראל בתיק מס' מ/48/19 בהאשמות לפי הסעיף 214 (ב) של סקודת החוק הפלילי, 1936. וסעיף 97 של חוקת השיפוט תשי"ח, ומרוע לא ישחררו את המבקש ממעצר. הצו־על־תנאי בוסל.

ו

גיגר — בשם המבקש; ת. ה. כהן — בשם המשיבים

צו

ז

הנופס חשין: ביום ד' בכסלו תשי"ט (6.12.48), ניתן על־ידי בית־משפט זה צו־על־תנאי נגד המשיבים, הדורש מהם, ומכל אחד מהם, להופיע וליתן טעם. מרוע לא יימנעו מהעמיד את המבקש לפני בתי־הדין המיוחד של צבא־הגנה לישראל באשמת רצח, לפי סעיף 214 (ב) של סקודת החוק הפלילי, 1936, ותקנה 97 של חוקת השיפוט תשי"ח, ומרוע לא ישחררו את המבקש ממעצר.

השופט השני

2. העובדות, כפי שמורטו בהצהרתו בשבועה של המבקש, אינן שנויות במחלוקת, ויש לסכמו בקצרה כדלקמן:

המבקש, שמואל להיס, קצין בעל דרגה של סגן ראשון, משמש בצבא-הגנה לישראל, כמפקד פלוגה. ביום י' בחשוון תשי"ט (12.11.48), נעצר לפי פקודת התובע הצבאי, חזית א', ונאשם ברצח מספר אנשים בכפר חולה אשר בלכנון, בימים 31.10.48 ו-1.11.48. ביום 2.12.48 הועמד לדין לפני בית-הדין המיוחד של צבא-הגנה לישראל, במושב בחיפה, ולאחר שכתב-האישום נקרא לפניו, ובטרם השיב עליו, טענו סניגוריו, כי אין בית-הדין המיוחד מוסמך לרוך בעבירות המיוחדות למבקש, באשר מעשי העבירה, כפי שמוכח מחוץ כתב-האישום עצמו, נעשו מחוץ לגבולות ארץ-ישראל, ומשום כך — מחוץ לאזור שיפוטו של בית-הדין. בית-הדין דחה את הטענה ברוב דעות, וסניגוריו של המבקש ביקשו מבית-הדין לדחות את הדין. כדי לתת להם את האפשרות לפנות לבית-משפט זה ולדרוש את הכרעתו בשאלת הסמכות. בית-הדין קבע, "שה אחד, כי אין הצדקה להיענות לבקשת הסניגוריה", אולם דחה את הישיבה למועד אחר — כפי שהוא מתבטא — "באופן יוצא מן הכלל ובשים לב למקרה המיוחד במשפט זה, העונש החמור הצפוי לנאשם (המבקש), אם ייצא חייב בדינו". יחד עם זה רמז בתחלתו, כי "הרשות בידי הסניגוריה להשתמש בשעות זו, כדי לנקוט בכל צעד אשר תמצא לנכון". הסניגוריה פנתה אז לבית-המשפט הזה, הצר-על-תנאי הוצא, כאמור לעיל.

3. כטרם נדון בפרוטרוט בטענותיהם הראשיות של באי-כוח בעלי-הדין, אנו מבקשים להעיר אי-אלו הערות, אשר אם גם אינן צריכות לגושו של ענין, הן עשויות ללבן נושא אחד, המשמש לעתים לא רחוקות סלע מחלוקת במשפטים מסוג זה. וזהו הענין: בסעיף 10 של בקשתו, טוען המבקש, כי "תחללת בית-המשפט העליון, בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק מזייבת את כל בתי-המשפט בארץ, לרבות בתי-דין צבאיים". מר כהן, פרקליט המדינה, המופיע בשם המשיבים, אינו כופר בצדקת טענה זו, המשיב השלישי נשיא בית-הדין המיוחד הודן בענינו של המבקש, עבר בהצהרתו בשבועה על טענה זו בשתיקה. משום כך לא היה אולי צורך לאמיתו של דבר להרבות בדברים עליה. אולם מתוך הפרוטוקול המפורט של הדיונים בבית-הדין המיוחד, אשר צורף לבקשתו של המבקש, מתברר, כי שאלה זו שימשה נושא לדיונים ולוחיכוחים ממושכים, ונשיא בית-הדין, המשיב השלישי, העיר כמה הערות אשר יש בהן משום הטלת ספק בסמכותו של בית-משפט זה להתערב בדיונים המתנהלים לפני בתי-משפט צבאיים, ובאחת מהחלטותיו קובע בית-הדין המיוחד, כי —

"אין כל אסמכתה חוקית בחוקי המדינה —

(א) שבית-המשפט הגבוה לצדק יכול להתערב במהלך הדיונים של

בית-דין צבאי;

(ב) שבית-דין צבאי כסוף וכפוף להחלטות בית-משפט אזרחי כל

שהוא"

השופט חשין

חזלטה זו היא אשר הניעה את באי-כוח המבקש לטעון את אשר טען בסעיף 10 של ההצהרה בשבועה שהוגשה על-ידינו, ומאחר ששאלת "עליונותם" של בתי-הדין האזרחיים והצבאיים נוכרת בבית-המשפט הזה לעתים קרובות יותר מדי, מן הדין, כי ייאמרו במקום זה כמה דברים אשר יהיה בהם משום "אסמכתה", או לפחות "מעין אסמכתה".

4. חוקת השיפוט תש"ח, אשר מתוך סעיפיה שואבים בתי-הדין הצבאיים את סמכותם, שמה לסגיה לדוגמה את סקודת הצבא (Army Act) האנגלית. סקודה זו אינה קובעת במפורש את היחסים אשר בין כתי-משפט אזרחיים לבין בתי-דין צבאיים, אולם חכמי המשפט באנגליה ראו את בתי-הדין הצבאיים כחלק מהמערכת הכללית של בתי-המשפט לצרכים מסוימים, ובהמשך הומן נקבעו על-ידי בתי-המשפט ומפרשי החוק כמה כללים המורים על היחסים ההרדיים שבין כתי-משפט אלה. כמה מן הכללים האלה הובאו ב"Manual of Military Law, ואלה הם הדברים הנאמרים בפרק השמיני שבו (אנו מביאים את הדברים מתוך המהדורה של שנת 1914): "חברי בית-דין צבאי כבתי-משפט אזרחיים נמוכים ושוטטי-שלום, כפופים לכתי-משפט אזרחיים עליונים בעניני פני-עות אשר נגרמו לכל אדם על-ידי פעולות שנעשו על-ידם אם בלא סמכות, או מעבר לגבול סמכותם חקירות בנוגע לפגיעות אלה תערכנה בין אם הן מתייחסות לגופו של אדם ולרכושו, ובין אם לאסו ; בין אם הפרט הנפגע הוא אזרח ובין אם הוא כפוף למשפט צבאי".

"סמכותו של בית-דין עשויה להיות מוגבלת בתנאים הנוגעים להרכבו או לאנשים או לעבירות הבאים בגבול סמכותו, או בתנאים אחרים אשר תחוק מציב למען תת תוקף לדיוניו ולפסקי-דינו. בית-דין שאינו שומר על תנאים יסודיים אלה, פועל בלא סמכות והתוצאה של פעולה הנעשית בלא סמכות היא, כי הפעולה בטלה ומבוטלת וכל אחד מחברי בית-הדין הצבאי עלול ליתן את הדין בתביעה נזיקים".

"בתי-המשפט האזרחיים מפקחים על פעולותיהם של בתי-דין צבאיים בדרך של דיונים פליליים או אזרחיים בדיונים האזרחיים נוקטים על דרך המגיעה, זאת אומרת: מונעים עשייתה או המשכה של פגיעה, או על דרך התיקון, זאת אומרת נותנים סעד על פגיעה שכבר נעשתה, בדרך כלל פועלים בתי-המשפט בסמכותם האזרחית נגד בית-הדין הצבאי באמצעות "כתבי-איסור" (Writs of Prohibition) ו"צווי עשה" — מנדטום בלעז"

"כתב-האיסור ניתן על-ידי בתי-המשפט הגבוה לצדק לבית-משפט נמוך, במקום שבית-משפט נמוך זה נוקט לענין שאינו נתון בסמכותו, או במקום שהוא עובר על התחומין שנתחמו לו על-ידי החוק. הכתב אוסר על בית-המשפט הנמוך מהמשיך בענין, או מעבור את תחומי סמכותו; ומשמוכה העדר סמכותו של בית-משפט נמוך, הרי כל אדם הרואה עצמו נפגע על-ידי הרחבת הסמכות זכאי לדרוש את הכתב כדבר שבזכות".

"כל אי-ציות לכתב-איסור כמוהו כבזיון בית-המשפט וגורר אחריו עונש קנס או מאסר לפי שיקול-דעתו של בית-המשפט אשר הוציא את הכתב".

השופט חזנין

5. הלכות אלה נאמרו לגבי בתי-המשפט באנגליה. אולם מאחר שאין חולק, כי בתי-הדין הצבאיים במדינתנו אף הם מהווים חלק ממערכת בתי-המשפט הכלליים, מותר להניח, כי ההלכות הנ"ל חלות גם לגבי היחסים שבין בתי-המשפט האזרחיים והצבאיים. כאן, ומכיון שכך, הרי מוסמך בית-משפט זה להורות את בתי-הדין הצבאיים, בדרך צו, להימנע מלדון בענין מסוים, ומהובת בית-הדין הצבאי, אשר אליו מופנה הצו, לציות להוראות הכלולות בו. התקנה 58 של חוקת השיפוט אינה ענין לכאן כלל. תקנה זו, אשר משום-מה ניתנה עליה הכותרת „עליונותם של בתי-הדין הצבאיים“, באה רק להשמיע, כי חיל אשר עבר עבירה והובא בפלילים לפני בית-משפט אזרחי אינו פטור מליתן את הדין גם לפני בית-דין צבאי על עבירה זו עצמה, אך אין לדייק בשום סנים מלשון התקנה, כי בתי-דין צבאיים אינם נתונים לעולם למרותו של בית-משפט זה, אף במקום שבתי-דין אלה אומרים לקנות לעצמם סמכות ולא במשפט.

6. מר כהן טוען בתמשך דבריו, כי למעשה הוגשו בבתי-המשפט האזרחיים באנגליה בקשות מועטות בלבד בדרישת מתן כתב-איסור, ואף אלה שהוגשו — נדחו. עובדה זו, אם נכונה היא, באה רק ללמד, כי הממונים על התביעות בבתי-הדין הצבאיים באנגליה זהירים מאד בעבודתם, ומקפידים שלא להביא לבתי-הדין ענינים החורגים ממסגרת סמכותם, או שהבקשות הספורות, אשר הוגשו, למעשה, לא היו מבוססות כל צרכן, אין מכאן רציה, שלעולם לא יתערב בית-משפט אזרחי בעבודתו של בית-דין צבאי, אף בזה הן הספר הנ"ל, הן לשונו בעמוד 123: „אם כי כתב-איסור לא ניתן, למעשה נגד בית-דין צבאי, אין, כנראה, שום ספק, כי אפשר לתתו במקרה מתאים“.

7. אנו מעירים הערות אלה מתוך אמתה, כי שאלת „עליונותם“ של בתי-הדין הצבאיים ובתי-המשפט האזרחיים, לא תטריד עוד להבא את שופטי בתי-הדין הצבאיים וכל אלה המשמיעים באזניהם טענות ומענות.

8. דברי תשובתו של מר כהן בשם המשיבים נחלקים לשתי קבוצות. בקבוצה הראי יזנה נכללות טענותיו אשר עיקרן הוא, שהמבקש הקדים לפנות אל בית-המשפט הזה לפני זמנו, ובשניה — דבריו לגופו של ענין. נברר טענות אלה אחת אחת.

9. בראש וראשונה טוען מר כהן, כי אין בית-המשפט צריך להיעתר לבקשתו של המבקש, משום שעבודתם הסדירה של בתי-הדין הצבאיים תסבול ביותר, אם ייקבע שכל אים הנתבע לפניו לדין זכאי בכל עת לפנות אל בית-המשפט. הנה בדרישת צווי-עשה או כתב-איסור, מר כהן מדגיש, כי את הטענה הזאת הוא טוען לפי הוראותיו המיוחדות של המשיב השלישי. נשיא בית-הדין המיוחד, הדן בדינו של המבקש, לדעתנו אין טענה זו עשויה לשמש עילה לדחיית הבקשה, ואין גם מן הצורך להרבות דברים עליה. במקום שנאשם, המופיע לפני בית-דין צבאי, דורש לדחות את הדין על-מנת להביא את דבריו לבית-משפט זה, רשאי בית-הדין הצבאי לדחות את הבקשה ולהמשיך בדין, אם הדבר נראה צו, בעיניו. אולם משפונה הנאשם לבית-משפט זה ודורש צדק, מן הדין לשמוע

הגופים השני

את אשר במזו, הו"ן לנעול בפניו דלת רק מטעמי נוחות לבית-הדין הצבאי. וכיאותו היסודיות של אגדה אין לקפחן כלל ותיקר מטעמים אלה ודומים לה. האם אמנם בית-דין צבאי פועל במקרה מסויים ללא-סמכות. הרי יש בזה משום פגיעה חמורה בזכויותיו של האגדה, ובית-המשפט הזה לא יחסם מלהאזין לתחינתו. ולא יתן דעתו על סידת אי-הנחתה אשר דבר זה עלול לגרום לבית-הדין הצבאי בעבודתו.

א

10. טענתו השניה של פרקלים המדינה היא, כי אין בית-המשפט הזה נתוג להתערב, במקום שלפני המבקש פתוחים שערי-סעד אחרים. לפי טענה זו על המבקש במקרה הנדון לעמוד תחילה לדיון לפני בית-הדין הצבאי, ואם יוצא חיוב בדינו — יהיה בידו לערער על מסקניהו, וכל כאמור בחוקת השיפוט השי"ת; האם גם הערעה לא יביא אותו על סיפוקו, ויכל להפיל תחינתו לפני הרשות, הממונה על התנינה, ואם גם כאן יראה עצמו מקופה, יוכל רק אז לפנות אל בית-המשפט הזה. בדרך כלל אין לחלוק על העקרון האמור, ולארוז נוג אמנם בית-המשפט הזה במקרים לאין ספור. סמכותו של בית-המשפט הזה שאובה מתוך המיסקה השניה של סימן 43 לדבריה-המלך-במועצה, וסעיף 7 לסקודה בת"י המשפט. 1940. — המיסקה השניה של סימן 43 לדבריה-המלך-במועצה קובעת, כי "בית-המשפט העליון, בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק, תתא לו סמכות לשפוט ולהחליט בענינים שאינם תביעות או משפטים אלא תחינות ובקשות שאינן חלות בתחום סמכותם של שופי בית-המשפט אשר תודרוש להחליט בוג כרי לעשות צדק". סעיף 7 לסקודה בת"י המשפט קובע, בין השאר, כי "לבית-המשפט הגבוה לצדק תתא סמכות אפסקולטיבית בענינים הבאים:

ב

ג

ד

- (א) זיונים המכותנים למקדמים ציבוריים או לגופים ציבוריים בנוגע למילוי
- (ב) מקדמותם הציבוריים החזרתיים פתם לעשות או להימנע מעשות
- פעולות פסיינות.

ה

לאור שני הסעיפים האלה הציב בית-המשפט הזה (בתקופת המגרט) כמה ציוני דרך, אשר יש בהם כדי לתורות באילו מקרים יתערב בית-המשפט וזוה ובאילו מקרים יימנע מעשות כן (ראת, לדוגמה, בג"צ 78/39, (1), האפרט את הכללים אשר תנוח ביפדום של כמה מסקידיון קודמים לו). אך כיום נעלה תוא מכל ספק, כי בית-המשפט זה התערב יתערב על-ידי כתב-אישור במקום שבית-משפט גמוך אשר לקנות לעצמו בענין מסויים סמכות ללא-חוק. — אין תדרן דומה למקרה אשר בו אפשר לאמור למבקש, כשם שנאמר למבקש ב"בג"צ 104/41 (אס"ק, 1941, ע' 601, (2)): "בידך הרשות שלא להופיע לפני הגוף האומר לדיון בדינו, אם אמנם גוף זה איננו בית-משפט חוקי; המתן עד שינקמו אמצעים של ממש נגדך, כי בשלב זה של הדיון טרם נפגעת". כאן אין המבקש כופר שהגוף האומר לדנו הוא בית-דין חוקי וחוסמך, בדרך כלל, לעיין בדינם של חיילים; אך טוען, כי במקרה מסויים זה אין הוא מוסמך מעיקרו לדרוש מאת המבקש דין-וחשבון על מעשיו. אין הוא זכאי גם לטרב מציית לחומנת בית-הדין; אנוט הוא להופיע, יהיה זה.

השופט חשין

איסור, נגד הצדק להטיל על המבקש לעמוד תחילה לדיון, לעבור כמה שלבים של דיונים, כשאשמה כבדה רובצת על כתפיו ועונש חמור צפוי לו. ורק לאחר כל הגלגולים להופיע כאן ולהראות, כי הדיונים — דיוני־טרק היו, בשלב זה אין המבקש יכול לפנות לשום מקום כדי לבקש סעד, פרט לבית־המשפט הנה, משום כך נראה לנו, כי זהו אחד המקרים שבו רשאי בית־המשפט הזה לאמור דברו הן לפי הפיסקה השניה של סימן 43 של דבר־המלך־במועצה, והן לפי סעיף 7 (ב) של פקודת בתי־המשפט.

א

11. טענתו השלישית של פרקליט המדינה היא, כי אין על בית־משפט זה להתערב במהלך הדיונים בבית־הדין הצבאי המיוחד, משום שהתקנה 40 של חוקת השיפוט תש"ה, שוללת מאתו את הכוח לפרש את החוקה, תקנה זו, אשר השם, "פירוש החוקה" קורא עליה, קובעת, כי "נשיאות בית־הדין העליון וכל מושב בית־הדין העליון יהיו מוסמכים לפרש את החוקה הזו, אם יראו צורך בכך, ופירושם יחייב, אם לא יידחה על־ידי שר־הבטחון". אין מד כהן כופר, הלילה, כאמור, בסמכותו של בית־המשפט הזה, אדרבא, הוא מטעים וחוזר ומטעים, כי בית־משפט זה מוסמך להוציא צווים נגד בתי־דין צבאיים, נשיאתם ושופטיהם, אלא כוח אחד נטול ממנו, לדעתו, בתוקף התקנה האמורה, והוא, הכוח לפרש את החוקה, ונתעלם פרקליט המדינה מהסתירה הפנימית שבדבריו, שהרי מכיון שהמנגנון המשפטי של הצבא יונק את חיוניותו מתוך חוקת השיפוט, כיצד יהיה בידינו לקבוע אם מנגנון זה, או אחד מחלקיו, פעל כהלכה או שלא כהלכה, אם לא שנפרש את החוקה ואת ההלכות האמורות בה? אין לך, איפוא, אלא להסיק, כי מהות טענתו של פרקליט המדינה היא למעשה, שהתקנה 40 שוללת מכללא לחלוטין את סמכותו של בית־המשפט הזה לדון בכל ענין הכרוך בחוקת השיפוט או נובע ממנו, ועלינו לבחון מה מירת אמת יש בטענה זו.

ב

ג

ד

12. מן החובה לציין, כי התקנה 40 כתקנות רבות אחרות אשר בחוקה, מנוסחת ניסוח מרושל ובלתי־זהיר, ולוקה גם בחסר וגם ביתיר, היא קובעת, למשל, כי "מושב בית־הדין העליון" יהיה מוסמך לפרש את החוקה, ולא ידענו מה סיבו של "מושב" זה, האם הכוונה היא לכל חבר השופטים, במספר לא פחות מעשרים ואחד, אשר עליו מדובר בתקנה 34 או רק לשלושת או לחמשת השופטים שמהם מורכב בית־הדין לצורך מסויים, כפי שנאמר בתקנה 36? אם הכוונה היא לכל השופטים, בשבתם בצוותא, למה ניתן עליהם השם "מושב" ולא "הכר השופטים", השם המופיע בהערת השוליים לתקנה 34? ואם הכוונה היא להרכב רגיל של בית־הדין, היושב לצורך משפט מסויים, מתעוררת השאלה: כלום רק בית־דין עליון מוסמך לפרש את החוקה? וכלום נשללת סמכות זו מבתי־הדין הצבאיים הנמוכים? אם כן, כיצד אפשר להעלות על הדעת שבית־דין צבאי רגיל ידון לפי החוקה מבלי שיהיה מוסמך לפרש אותה? וכיצד החליט בית־הדין המיוחד, הדן בענין שלפנינו, את אשר החליט אם לא על־ידי שפירש את החוקה? ועוד בתקנה הנ"ל: "ופירוש יחייב", את מי יחייב? כל בית־דין צבאי בדרגה נמוכה, ובכל משפט המובא לפניו, או רק בית־דין צבאי יחיד ומיוחד, הדן בענין מסויים אשר הובא לפניו? ומה בדבר בית־הדין הצבאי העליון עצמו? האם יחייב פירושו של "מושב" אחד גם "מושב" אחר של אותו

ה

ו

ז

השופט חשין

בית-דין או לא? האם היתה הכוונה שפירוש זה יחייב גם בתי-משפט אחרים, כגון בתי-משפט זה, או לא? הלא כלל גדול הוא, כי אין סמכות גשלתל מבית-משפט אזרחי רגיל, אלא אם-כן יש על כך תרעה מפורשת או רצו מכללא בנוף החוק (ראה, לדוגמא, סעיף 8 (3) של פקודת הרשמים; סעיף 45 של פקודת הבחירות לאמיסה המכוננת, תש"ט-1948, תקנה 5 של תקנות-שעת-חירום (תפיסת נכסים), תש"ט-1948). נראה איפוא, כי הרבותא היחידה אשר בתקנה זו היא, כי גם נשיאות בית-הדין העליון, אם כי נשיאות זו אינה בית-דין במובנה המקובל של המלה, ואינה נכללת במנגנון המשפטי, אשר פירוטו בא בתקנה 7, אף היא מוסמכת לפרש את החוקה; ופירושה היא, כפירוש, "כל מושב בית-הדין העליון, יחייב, אם לא יידחה על-ידי שר-הבטחון, משמע, גם" הם ולא "רק" הם; פירושם, "יחייב", להוציא מקרה שפירושם טרם ניתן, במקרה שלפנינו עוד לא ניתן על-ידי הגופים הנזכרים בתקנה 40 שום פירוש, ולפיכך, גם לפיכך, מוסמך בית-המשפט הזה לפרש את החוקה לצורך הענין הנדון.

13. וכאן אנו באים לטענותיהם הראשיות של באי-כוח בעלי-הדין. כאמור לעיל נתבע המבקש לדין לפני בית-הדין המיוחד לפי סעיף 214 (ב) לפקודת החוק הפלילי, 1936, תקנה 97 לחוקת השיפוט. כל טענותיהם של באי-כוח בעלי-הדין רוכזו מסביב לפירוש המדויק שיש לפרש את התקנה 97; ואמנם גורלה של עצם הבקשה תלוי בגירסתו של האחד או של השני.

14. התקנה 97 של חוקת השיפוט תש"ה, אומרת:

"(97) כל חייל אשר במסגרת הצבא או עקב השתייכותו לצבא עבר עבירה שנוגשים עליה לפי תחוק הפלילי הכללי הקיים או שיהיה בתוקף במדינת מוזן לזמן ושההשתייכות לצבא אינה משחררת במפורש מתאחריות לעבירה כזו — יוכל להיתבע עליה לבתי-הדין של הצבא ויהיה צפוי לאותו העונש אשר היה צפוי לו בבתי-הדין הכלליים."

קשה להגיד, כי משנה זאת היא "קב ונקי", ואין מן התמיהה, כי בעלי-דין מגלים בה פנים לכאן ולכאן.

מר גינר, באי-כוח המבקש, מפרש את התקנה הזאת פירוש השולל מבית-דין צבאי את הסמכות לדין חייל אשר עבר על סעיף 214 (ב) של פקודת החוק הפלילי, 1936, מחוק לגבולות ארץ-ישראל, וכן הוא בקירוב דרך ויכוחו: כאשר חייל נתבע לדין לפני בית-דין צבאי על מעשה אשר יש בו משום עבירה לפי תחוק הפלילי הקיים, יש לקבוע תחילה אם לפי חוק זה היה הנאשם בן-עונשין, אילו הועמד לדין לפני בתי-המשפט הכלליים. הוא מדגיש את המלים, "עבר עבירה שנוגשים עליה לפי תחוק הפלילי הקיים", ומדייק מכאן, כי כל מעשה, גם אם יש בו משום עבירה, שאין בתי-המשפט הרגילים מוסמכים, מאיו סיבה שהיא, לתטיל עונש על עושהו, אף בבתי-הדין הצבאיים כן. והנה אחת ההגבלות על סמכותם של בתי-המשפט הרגילים כלול בסעיף 6 של פקודת החוק הפלילי, 1936, סעיף זה קובע, כי —

השופט השני

(6) לצרכי החוק הוה ישתרע שיפוטם של בתי-המשפט של פלשתינה (א"י) על כל מקום בתוך תחומי פלשתינה (א"י), או בתוך תחומי שלושה מילין ימיים מרצועות החוף שלה הנמדדים מנקודת השמל של המים.

מכאן, שהחוק הפלילי הכללי מכיר רק בסמכותם הטריטוריאלית של בתי-המשפט הכלליים, ואינו גורם סמכות פרסונלית (פרט לשריד היחיד אשר נשמר בסעיף 5 של חוק הפרוצידורה הפלילית, העוממאני) וכל סעיף של עבירה אשר במקודה זו יש לקרוא כאחד עם הסעיף 6 שבה, כדי לבחון אם לבתי-המשפט יש סמכות לדון בעבירה מסוימת, ואם לא.

15. לפי מבחן זה, אילו היה המבקש במקרה שלפנינו נתבע לדין לפני בית-משפט אזרחי רגיל בעבירה המיוחסת לו, אין ספק כי לבית-המשפט ההוא לא היתה סמכות לדון, כאשר מעשה העבירה המיוחס אליו נעשה בלבנון. מכיון שכך, אין גם בית-הדין הצבאי המיוחד מוסמך לדון את המבקש, שהרי המעשה, אשר בעשייתו הוא נתבע לדין לפני בית-דין זה, אין בו משום „עבירה שנעשים עליה לפי החוק הפלילי הקיים“.

16. סיוע לטענתו זו רואה מר גיגר בסיפא של התקנה 97. סיפא זו, בדברה על העונש אשר בית-הדין הצבאי מוסמך להטיל בשל עבירה האמורה ברישא של התקנה, קובעת, כי הנאשם „יהיה צפוי לאותו העונש אשר היה צפוי לו בבתי-הדין הכלליים“. והנה, טוען מר גיגר, אדם, כמו המבקש כאן, אילו נתבע לדין בבתי-המשפט הכלליים, לא היה צפוי לעונש כל עיקר, בגלל העדר סמכות לדינו, מאחר שהמעשה נעשה מחוץ לגבולותיה של א"י, ומכיון שכך, הרי גם לפי הסיפא מן הדין שהמבקש לא יהיה צפוי לעונש בבית-הדין המיוחד, ובאין עונש — אין סמכות, אין משפט.

17. אין מר גיגר מתעלם מהתקנה 3 של חוקת השיפוט, הקובעת, כי „חוקת השיפוט תשיח תחייב את הצבא על כל מוסדותיו ויחידותיו ואת החיילים על כל דרגותיהם הן במדינה והן מחוץ לגבולותיה“, אך טוען, כי ראשית, החיוב האמור בתקנה זו חל רק לגבי העבירות המנויות בחוקת השיפוט, כלומר, עבירות צבאיות, ולא לגבי כל סוגי עבירות אחרות, שהן אזרחיות במהותן, ועליהן חל החוק הפלילי הכללי, ובכללו, כאמור, ההגבלה אשר בסעיף 6 של סקודת החוק הפלילי, לפי זה תחייב חוקת השיפוט תשיח את הצבא וכו' בכל מקום שהוא, אך רק לגבי העבירות המנויות בה, בחוקה זו, ולא לגבי עבירה האמורה בחוק הפלילי הכללי, שנית, ואלטרנטיבית, משמעותן של המלים „מחוץ לגבולותיה“ האמורות בתקנה 3, היא, מחוץ לגבולותיה של מדינת ישראל, אך לא מחוץ לגבולותיה של השטח אשר עליו חל בזמנו המנדט, ואשר נקרא בשם „פלשתינה (א"י)“. לפי זה תחייב חוקת השיפוט תשיח את הצבא וכו' הן במדינת ישראל והן בארץ-ישראל, אך לא תחול לגבי מעשים שנעשו על-ידי חייל בחולה אשר בלבנון, מקום הנמצא מחוץ לגבולות ארץ-ישראל.

השופט חשין

18. להסברת מסקנה מעניינת אתרונה זו תומך מר גיגר יתידותיו במספר פקודות, תקנות ומנשרים. ואלה זכריו בקירוב: ביום 14 במאי 1948, הוכרו על הקמת מדינה עברית. היא "מדינת-ישראל". ההכרזה על הקמת המדינה, שפורסמה בעתון הרשמי מס' 1, ע' 1, מבחינה בין "מדינת-ישראל" ובין "ארץ-ישראל". "מדינת-ישראל" משתרעת רק על חלק של "ארץ-ישראל". לפי הסעיף הראשון של המנשר, אשר פורסם אותו יום, הוקמה רשות מחוקקת. שהיא מועצת המדינה הזמנית, ובתוקף הסמכויות אשר הוקנו לה, חוקקה את פקודת סדרי השלטון המשפט. מס' 1, לשנת תש"ח-1948. לפי סעיף 11 לפקודה זו עומד בתקפו במדינת ישראל, המשפט שהיה קיים בארץ-ישראל ביום ה' באייר תשי"ח (14 במאי 1948). הוזה אמר, כי ההגבלות אשר חלו קודם לכן, לפי המשפט, שהיה קיים בארץ-ישראל, על סמכויותיה של הרשות המחוקקת, לא בוטלו. ועודן בנות-חוקף. הסימן 38 של דבר-המלך-במועצה, 1922, כפי שתוקן על-ידי דבר-המלך-במועצה (תיקון), 1935, קובע, כי "לבתי-המשפט אשר הוקמו לפי דבר-מלך זה או אשר יוקמו לפי כל חוק אחר חהיה סמכות לגבי כל הפנינים ולגבי כל האנשים אשר בארץ-ישראל". מכאן אתה למד, כי לבתי-המשפט במדינת ישראל יש למעשה סמכות טריטוריאלית מוגבלת יותר מאשר לבתי-המשפט אשר היו קיימים בימי ממשלת המנדט; שהרי אזור שיפוטם של הראשונים משתרע רק על שטח "מדינת ישראל"; ואילו אזור שיפוטם של האחרונים היה משתרע על כל שטחה של "ארץ-ישראל".

19. מועצת המדינה הזמנית השאירה אמנם פתוח להרחבת האזורים אשר עליהם יחול משפט ישראל, בקבעה בסעיף 1 של פקודת שטח השיפוט והסמכויות, תש"ח-1948, כי "כל חוק החל על מדינת-ישראל כולה ייראה כחל על כל השטח הכולל גם את שטח מדינת-ישראל וגם כל חלק מארץ-ישראל אשר שר־הבטחון הנבחר במנשר כמוחזק על-ידי צבא-הגנה לישראל". אך הרחבה זו, כאמור בסעיף הנ"ל, שתי הגבלות לה: ראשית, השטח המורחב מן ההכרזה שיוגדר על-ידי שר־הבטחון במנשר כמוחזק על-ידי צבא-הגנה לישראל; ושנית, שטח מורחב זה מן ההכרזה שיהיה מצוי בגבולות ארץ-ישראל — אם גם מחוץ לגבולות מדינת ישראל — אך בשום פנים לא מחוצה להם.

20. הפועל-יוצא מכל האמור הוא, כי אם נקרא את התקנה 3 שבחוקת השיפוט לאור כל הטקודות והמנשרים הנ"ל יהיה אז משמעה של תקנה זו: חוקת השיפוט תחייב את הצבא וכו', הן במדינה הן מחוץ לגבולותיה. כלומר, מחוץ לגבולות מדינת ישראל, אך לא מחוץ לגבולות ארץ-ישראל. מכיון שכך, והואיל והכפר חולה אשר כלבנון נמצא לא רק מחוץ לגבולות מדינת ישראל, אלא גם מחוץ לגבולות ארץ-ישראל, ולא עוד, אלא שהוא לא הוגדר על-ידי שר־הבטחון כשטח מוחזק על-ידי צבא-הגנה לישראל, הרי שחוקת השיפוט אינה חלה עליו, ולבתי-הדין הצבאיים אין סמכות לדון אדם על עבירה שנעשתה בו על-ידו.

21. טענות אלה, על אף התריפות שבהן, אינן נראות לנו, לאורן של ההלכות החלות לגבי הענין הנדון, חשיבות מכרעת נודעת, כמובן, לתקנה 97 של חוקת השיפוט. ואת

השופט חשין

הכזונה הנכונה הצטונה בה נוכל לגלות לאור סמיכותה אל הפרשיות הקודמות לה. התקנה 97 מצויה בחוקת השיפוט בפרק המוקדש לעבירות למיניהן. כל התקנות הקודמות לה, החל מתקנה 77, מונות את העבירות, אשר חייל עלול להיתבע עליהן לדין, וקובעות את הענשים בצדן. עבירות אלה, רובן ככולן, נושאות אופי צבאי, ואין להן זכר בחוק הפלילי הכללי. לעומת זה מפורטים בחוק הפלילי הכללי עבירות לאין ספור, הנושאות אופי אזרחי, שזכרן לא בא בתקנות 77 עד 96, ועד בכלל, של חוקת השיפוט. חייל שעבר על אחת העבירות הכלולות בקבוצה אחרונה זו — לא היה בתי-דין צבאי מוסמך לדונו. אלמלא התקנה 97, באה תקנה זו וחידשה שני חידושים:

- (א) העבירות האמורות בחוק הפלילי הכללי, אף הן בגדר עבירות לפי חוקת השיפוט, ובתי-הדין הצבאיים מוסמכים משום כך לדין בהן;
- (ב) הענשים שבתי-הדין הצבאיים מוסמכים להטיל על חייל שעבר עבירות אלה, הם הענשים אשר נאמרו לגביהן בחוק הפלילי הכללי.

התקנה משמשת, איפוא, צינור אשר דרכו הוזרמו לתוך חוקת השיפוט כל העבירות של החוק הפלילי הכללי, ובדרך הרצפציה היא ממשיכה את רשימת העבירות אשר נמנו בתקנות שקדמו לה. המלים ברישא של התקנה: „עבר עבירה שנענשים עליה לפי החוק הפלילי הכללי“ — פירושו, איפוא: אם חייל עשה מעשה שהחוק הפלילי הכללי רואה בו עבירה בתי-עונשין, זאת-אומרת, קבע לגביה עונש, זהו החלק הסובסטנטיבי של החוק לגבי בתי-הדין הצבאי, ואין בינו לבין שאלת הסמכות של בתי-המשפט הכללי ולא כלום. נניח שאדם נתבע לדין בבית-המשפט המחוזי בחיפה, על עבירה שנעשתה על-ידו באזור שיפוטו של בית-המשפט המחוזי בירושלים, ברור, שבית-המשפט המחוזי בחיפה אינו מוסמך לדין בדינו ולהטיל עליו עונש; אך עובדה זו לכשעצמה אינה שוללת מן המעשה של הנאשם את האופי של עבירה הגוררת אחריה עונש. לבית-המשפט המחוזי בחיפה אין אמנם סמכות, אך העבירה בעינה עומדת ונשארת עבירה שנענשים עליה לפי החוק הפלילי.

22. זה היקפה של הרישא של התקנה 97, במקום שחייל נתבע לדין לפני בתי-דין צבאי לפי אחד מסעיפי החוק הפלילי יש, בתוקף רישא זאת, לפנות אל החוק הפלילי על-מנת לקבוע אם חוק זה רואה במעשה הנאשם ממין העבירה וקובע עונש לעושהו. בשלב זה אין לפנות אל הסעיף 6 של החוק הפלילי, באשר סעיף זה אינו מדבר על עבירה ועונש, אלא על סמכותם של בתי-המשפט הכלליים, ואילו אנו בבתי-דין צבאי אנו מצויים.

23. הסיפא של התקנה 97 מכניסה, ואף היא בדרך הרצפציה, מתחוק הפלילי הכללי את גודל העונש. ייתכן שיש טעם בדברי מר גיגר, כי המלים בסיפא „היה צפוי לאותו העונש אשר היה צפוי לו בבתי-הדין הכלליים“, משמעו, כי יש לראות אם הנאשם המסויים העומד לדין היה בן-עונשין אילו הועמד לדין לפני בית-משפט כללי; זאת אומרת, יש חשיבות למלים „היה צפוי לו“, ולנאשם מסויים זה לא היה צפוי עונש בבית-המשפט הכללי, לא משום שאין זו עבירה, אלא משום שלבית-המשפט הכללי אין סמכות, לאור

השופט השני

הסעיף 6 של החוק הפלילי, להטיל את העונש. אך טענה זו אינה מעמידה בשאלה את סמכותו של בית-הדין הצבאי, אלא נוגעת לגופו של ענין, ויש להשמיע אותה בכית-הדין התוא, כשם שמשמיעים כל טענות הגנה אחרות לגופו של ענין.

24. זאת ועוד אחרת: יש לשים לב לכך, כי הרישא של התקנה 97, בדברה על מעשה העבירה, אינה מתבוננת לא לנאשם מסויים ולא לעבירה מסויימת, אלא לעבירות בכלל (-עבירה שנענשים עליה-). הסיפא, לעומת זה, מדברת על העונש הצפוי לנאשם מסויים. משמע: סמכותו של בית-הדין הצבאי, נקבעת על-ידי שני גורמים, והם:

- (א) אם הנאשם עשה מעשה שהחוק הפלילי רואה בו משום עבירה;
(ב) אם לגבי מעשה עבירה זה נקבע עונש בחוק הפלילי.

השאלה אם נאשם מסויים צפוי לעונש על מעשה מסויים או לא, אינה מצריכה דיון בסמיכותו של בית-הדין הצבאי, אלא בעצם האשמה, כלומר, אם הנאשם הוא בן-עונשין או לא, וזהו ענין לבית-הדין הצבאי ולא לבית-משפט זה.

25. סיוע להשקפה זו אנו מוצאים בסעיף 3 (ב) של פקודת החוק הפלילי, 1936. סעיף זה קובע כי "קביעותו של החוק הזה לא תפגענה

- 3 (ב) בהיותו של כל אדם צפוי להישפט ולהיענש על עבירה לפי קביעותיו של חוק כל-שהוא, המתייחס לשיפוטם של בתי-המשפט הפלשתיני-איים (א"י) בגין פעלים שנעשו מחוץ לגדר שפיטתם הרגילה של אותם בתי-המשפט."

לשון אחרת: המחוקק משאיר לעצמו פתח פתוח לחוקק בעתיד (ומקיים בזה גם לבי העבר) חוקים אשר לפיהם יהיו בתי-המשפט בארץ מוסמכים לשיפוט ולהעניש כל אדם בשל פעולות אשר נעשו על-ידי מחוץ לגדר שפיטתם הרגילה, מבלי שידיהם של בתי-משפט אלה תהיינה כבולות בחבלי פקודת החוק הפלילי (הכוונה, כנראה, לסעיף 6 שבפקודה זו). חוקת השיפוט יש לראותה כאחד החוקים האלה.

26. בתורת סיכום בסוגיא זו יש, איפוא, לאמור: התקנה 97 לא נועדה על-מנת להכניס לתוך חוקת השיפוט את כל החוק הפלילי הקיים, אלא רק חלקים מסויימים מתוכו, והיינו, אותם החלקים הדנים בעבירות מסויימות ובענשים אשר בצדם, ותו לא. כך, למשל, מקדישה פקודת החוק הפלילי סרק שלם (פרק ד') לתקנות כלליות בנוגע לאחריות פלילית: "לצורך חוקת השיפוט אין לקרוא כל סעיף של עבירה שבפקודה כאחד עם סעיפי הפרק הזה, משום שלענינים אלה ודומים להם הוקדש גם בחוקת השיפוט פרק שלם, הוא חלק ג, פרק א, יתר-על-כן, עצם המונח "עבירה" מוגדר הגדרה שונה בשני החוקים האלה. עובדה זו באה ללמדנו, כי לא כל החוק הפלילי הועבר בשלמותו אל חוקת השיפוט דרך הצינור שבתקנה 97, ואף הסעיף 6 של פקודת החוק הפלילי נשאר מחוץ לחוקת השיפוט, באשר בה, בחוקה זו, יש הוראה מקבילה, והיא כלולה בתקנה 3.

השופט השני

27. אולם גם אם אין הדבר כן, והסעיף 6 של סקודת החוק הפלילי נכלל אך הוא בחוקת השיפוט, באמצעות התקנה 97 שבה, הרי נכלל בגופה גם הסעיף 3 (ב), וסעיף זה, כאמור, מבטל את תקפו של הסעיף 6 שבו.

28. נבדוק עכשיו את טיב טענתו השניה של מר גיגר. כבר נאמר לעיל כי הוא אמר לשלול את סמכותו של בית־הדין המיוחד בטענה, כי אם אמנם מחייבת חוקת השיפוט, לפי התקנה 3 שבה, את הצבא ואת החיילים אשר בו גם מחוץ לגבולות מדינת ישראל, אין היא מחייבת מחוץ לגבולות ארץ־ישראל; והמעשה אשר בעשייתו נאשם המבקש אירע במקום שהוא מחוץ לגבולות ארץ־ישראל. אין ספק, כי כמה מחטיבות התחיקה אשר פורסמו למן יום ההכרזה על עצמאותנו המדינית מבחינות בין השטח שנכלל במדינת ישראל, לבין השטח המצוי מחוץ למדינת ישראל, אך בגבולות ארץ־ישראל, וקובעות כמה הלכות לגבי אותם משטחי ארץ־ישראל אשר הוגדרו על־ידי שר־הבטחון כשטחים מוחזקים. אך היא הנותנת: אבחנה זו שבין "מדינת־ישראל" לבין "ארץ־ישראל" אינה מצויה בתקנה 3 של חוקת השיפוט. תקנה זו מטילה את חוקת השיפוט על הצבא בכל מקום הימצאו, בין במדינה ובין מחוץ לגבולותיה. "מחוז לגבולותיה" הורה אומר, ללא־הגבלה של גבולין ותחומין כל שהם.

29. כאן טוען מר גיגר שתי טענות נוספות, ואלו הן:

- (א) לבתי־הדין הצבאיים אין סמכות אנטטרה־טריטוריאליה, כשם שסמכות כזאת לא הוקנתה גם לבתי־המשפט האזרחיים;
 (ב) אם אמנם היתה לשר־הבטחון הכוונה להעניק סמכות אנטטרה־טריטוריאליה לבתי־הדין הצבאיים לפי התקנה 3 של חוקת השיפוט, הרי תקנה זו היא אולטרה וירס.

30. לביסוס טענותיו אלה סומך מר גיגר על ערעור פלילי 63/39, (3), ועל מימרת־אנב־אורחא המצויה בה. במשפט ההוא נתבעו מספר אנשים לדין, לפי סקודת העליה, על סיעים בידי פליטים יהודים לעלות ארצה. הוכח, כי המעשה נעשה על־ידם מחוץ למים הטריטוריאליים של הארץ, ומשום כך קבע בית־המשפט, כי מאחר שאין לו שליטה על המקום, אשר בו נעשתה העבירה, אין הוא מוסמך לדון בענין. בית־המשפט העליון (בתקופת המנדט), כבית־משפט לערעורים, קיים את הפסק, בהסתמכו על המשפט האנגלי, (4) *Macleod v. Attorney-General for New South Wales*; (1891), A.C. 455, 458; ואלה היו העובדות במשפט זה: המערער, תושב המושבה New South Wales נשא לו אשה בחיי אשתו הראשונה, בהיותו באמריקה. עם שובו למושבה נתבע לדין בעוון ביגמיה ונענש, על סמך חוק אשר קבע, כי "כל הנושא אשה שניה, בכל מקום שהוא, בחיי אשתו הראשונה וכו'". בית־הדין לערעורים במושבה קיים את פסק־הדין, אולם מועצת־המלך, אשר דנה בערעור, ביטלה אותו בקבעה, כי לסקודה הנדונה יש לתת פירוש מצומצם ביותר, ומשמעות המלים "בכל מקום שהוא" — בכל מקום הנמצא באזור שיפוט של המושבה, ולא מחוצה לו. מועצת־המלך מוסיפה, כי אלמלא כן, הרי היתה המושבה לוקחת

השופט השני

לעצמה שררה על כל מקום שהוא בעולם, ואין להעלות על הדעת תפיסת כוח כזאת החורגת ממסגרת הסמכויות אשר הוקנו למושבת. מועצת-המלך מביאה מתוך הסכמה את דבריו של ברוך פרק במשפט, (5). *Jefferys v. Boosey* (4 H.L. Cas. 815), כי אין לרשות המחוקקת סמכות אלא על נתינה היא, כלומר, נתינים מלידה, או תושבים, או בני-אדם המצויים בתוך תחומי המדינה. אין הרשות המחוקקת יכולה להטיל חובות אלא עליהם, ובשעה שהיא מחוקקת לטובת בני-אדם, יש להניח, לכאורה, שהיא מתכוונת לטובת אלה הנתינים למרות חוקיה, ואשר על זכויותיהם היא מצווה להגן. פסק-הדין ב"ערתור פריי 63/39, (3), בהזכירו את ההלכה שנקבעה במשפט הביגמיה הנ"ל, (4). מוסיף אגב-אורחא, כי אילו גם היה בכוחנו של מחוקק סקודת העליה להסמיך את בתי-המשפט בארץ לדון בעבירות אשר נעשו מחוץ למים הטריטוריאליים — לא היה יכול לעשות כן, בשל ההגבלות החלות על סמכותו. מכאן מבקש מר גיגר להסיק, כי אזור שיפוטו של בית-הדין המיוחד במקרה שלפנינו אינו משהרע מעבר לגבולות ארץ-ישראל, גם לפי התקנה 3 של חוקת השיפוט. משום שאת התקנה יש לפרש פירוש מצומצם ברוח זאת.

31. טענות אלה, אשר גם בהן ניכרת שנינותו של מר גיגר, אף הן אינן נראות לנו, כלל גדול הוא במשפט המקובל, כי אזור שיפוטם של בתי-המשפט משתרע על שטח המדינה בלבד ואין להם כוח שיפוט במעשי עבירה שנעשו מעבר לגבולות. זאת אומרת: סמכותם הפלילית של בתי-המשפט היא טריטוריאלית ולא פרסונלית (ראה ארצ'בולד, מהדורה 13, ע' 25). מועצת-המלך במשפט הביגמיה האמור, (4), החליטה מה שהחליטה, לפי כללי המשפט המקובל, והסעיף 6 של פקודת החוק הפלילי שלנו אף הוא העביר את העקרון הזה שבמשפט המקובל לתוך מערכת חוקינו הפליליים. אולם גם באנגליה נתון עקרון זה להגבלות ולשינויים, ואין הוא חל במקום שהמחוקק מרחיב במפורש את מסגרת סמכותם של בתי-המשפט. כך אומר, למשל, ארצ'בולד (שם). "אזור שיפוטם של בתי-המשפט של המושבות הבריטיות מוגבל לעבירות שנעשו בתוך גבולותיהן, אלא אם-כן קבעו אחרת חוקים מסודרים". ובע' 26 הוא אומר: "במקרה של נתינים בריטיים אשר עשו מעשה עבירה בחוץ-לארץ קיימים כמה יוצאים מן הכלל לעקרון של המשפט המקובל, בחוקי חוקים מיוחדים". כבר ראינו, כי גם החוק העותמאני הכיר בסמכות הפרסונלית במקרה המיוחד אשר בו דן הסעיף 5 של חוק הפרוצידורה הפלילית, העותמאני. אין זה מן הנמנע, כי כזונה זו צפונו גם בסעיף 3 (ב) של פקודת החוק הפלילי. התקנה 3 של חוקת השיפוט אינה אלא דוגמה נוספת. תקנה זו מקנה לבתי-הדין הצבאיים את הסמכות לדון חייל עברייני אם עשה מעשה עבירה גם מחוץ לגבולותיה של המדינה. זאת אומרת, שסמכות בתי-הדין הצבאיים היא פרסונלית ואינה מוגבלת בגבולות טריטוריאליים, וכבר ראינו, כי "מחוץ לגבולותיה" כזונתן במרחבי האין קץ שמעבר לגבולות המדינה.

32. כאן באה טענתו השניה של מר גיגר והיא, כי אם אמנם לכך התכוון מתקין התקנה 3 של חוקת השיפוט, הרי שתקנה זו היא אולטרה-וירס, לאור סימן 38 לדברי-המלך-במועצה, ולאור ההכרזה על מדינת ישראל והמנשר הראשון שניתן ביום 14 במאי 1948, ולאור סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט וסעיף 1 לפקודת שטח השיפוט והסמכויות.

השופט חשין

טענה זו של מר גיגר היה בה ממש. אילו הוחקה חוקת השיפוט תש"ח מכוחו של דבר-המלך-במועצת אך אין הדבר כן. חוקה זו הוחקה מכוח סמכויות שהוקנו למחוקקה לאחר הקמת המדינה. בפתיחה לתקנות-שעת-חירום (חוקת השיפוט תש"ח), תש"ח-1948, נאמר, כי הן הותקנו בתוקף הסמכות שהוענקה לשר-הבטחון על-ידי הסעיף 9 (א) של פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948. סעיף-קטן (ב) של סעיף 9 לפקודה קובע, כי "תקנה-לשעת-חירום, כוחה יפה לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים". סעיף 11 לפקודה זו קובע אמנם, כי "המשפט שהיה קיים בארץ-ישראל ביום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) יעמוד בתקפו", אולם מוסיף בו במקום את המלים "עד כמה שאין בו משום סתירה לפקודה זו או לחוקים האחרים שניתנו על-ידי מועצת המדינה הזמנית או על-פיה". וסעיף 2 (א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט (הוראות נוספות), תש"ח-1948, מסביר את הסעיף 11 של פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, באמרו, כי "כשחוק אשר ניתן על-ידי מועצת המדינה הזמנית או על פיה סותר חוק שהיה קיים בארץ-ישראל ביום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) רואים את החוק הקודם כמבוטל או מתוקן. גם כשאין בחוק החדש ביטול או תיקון מפורש של החוק הקודם". לפיכך, יהא אשר יהא תוקף הסימן 38 של דבר-המלך-במועצה וסעיף 6 של פקודת החוק הפלילי, 1936, אין טקס-ספיקא, כי התקנה 3 של חוקת השיפוט תש"ח ביטלה או שינתה או באה במקום כל הוראה קודמת בחוק, לוגמת החוקים המפורשים באנגליה אשר שינו את העקרון במשפט המקובל, כפי שראינו לעיל, ובכוחה של תקנה זו מוסמך בית-דין צבאי לדון חייל אשר עבר עבירה לפי חוקת השיפוט (ובכלל זה גם עבירה על החוק הפלילי הכללי, שהוכנסה לחוקת השיפוט לפי התקנה 97) גם מחוץ למדינת ישראל, או לשטח ארץ-ישראל, אשר עליו חל בזמנו המגדט. מכיון שכך, מוסמך גם בית-הדין המיוחד, אשר הורכב לצורך הדיון במעשה העבירה שנעשה על-ידי המבקש בכפר חולה אשר בלבנון, לדון במשפטו.

33. בסוף דברינו יש ברצוננו להזכיר עוד טענה אחת של פרקליט המדינה. בראשית דבריו טען, כי הואיל ושר-הבטחון לא פעל, לא במישרין ולא בעקיפין, בענינו של המבקש, לא היה צורך לצרפו כמשיב; מכל מקום, מוסיף הוא, יש למחוק את שמו מתוך הבקשה כדי שלא לכבול את ידיו מלהשתמש בסמכויות הנתונות לו לפי תקנה 40 של חוקת השיפוט. טענה זו מן הדין לבררה; אולם לאור המסקנה שאליה הגענו, כאמור לעיל, איננו סבורים, כי מן ההכרח להשיב על טענה זו כאן, מאחר שבין כך ובין כך אין בית-המשפט מעניק למבקש את הסעד אשר הוא חדרש.

לאור כל האמור החלט לבטל את הצו-על-תנאי, שניתן בזמנו לפי בקשתו של המבקש.

אין צו להוצאות.

ניתן היום, ב' בשבט תש"ט (1.2.1949).